

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: Tutela 11001-31-07-010-2023-00179 00
Accionante LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionadas: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA, ALCALDÍA DE FUNZA, OFICINA DE SISBEN FUNZA, SECRETARÍA MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE FUNZA, ADRES, EPS FAMISANAR, IPS COLSUBSIDIO, EPS SURA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA.
Asunto: ACCIÓN DE TUTELA 1ª INSTANCIA
Decisión: CONCEDE

OBJETO

Emitir el pronunciamiento que en derecho corresponda, respecto de la acción de tutela incoada por la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.073.527.840, en nombre propio y del menor **ELLIAN ISAACK P.C** identificado con el NUIP 1.220.223.731, contra la **SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA, ALCALDÍA DE FUNZA, OFICINA DE SISBEN FUNZA, SECRETARÍA MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE FUNZA, ADRES, EPS FAMISANAR, IPS COLSUBSIDIO, EPS SURA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA**, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida Art. 49 C.N. y Art. 11 C.N.

HECHOS Y PRETENSIONES

Aducen la accionante que, es madre cabeza de familia, progenitora del menor **ELLIAN ISAACK P.C.**, tal como consta en registro civil de nacimiento con NUIP 1.220.223.731, y es quien actualmente ejerce la custodia y cuidado del niño, y asume de forma exclusiva sus necesidades afectivas, de crianza y su sostenimiento económico.

Agrega que, en acta del 03 de enero de 2019 en la Comisaria Segunda de Familia de Funza Cundinamarca se fijó la custodia de su hijo a su favor, y se estableció el régimen de obligaciones a cargo del padre DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA.

Afirma que, el padre de su hijo no ha estado presente en la vida del niño, no cumple con su rol parental, de crianza, no lo visita ni lo llama, la comunicación con el señor es compleja, teniendo en cuenta el grado de agresividad que ejerce en su contra, y mucho menos aporta para su sostenimiento económico, razón por la cual actualmente cursa proceso ejecutivo de alimentos en el Juzgado de Familia de Funza con radicado 2021-00290.

Expone que, su hijo ELLIAN ISAACK se encuentra afiliado en calidad de beneficiario de su progenitor en SURA EPS, y actualmente presenta dificultades de salud, tales como hepatomegalia, alergias, y linfadenopatía pendiente por cirugía tipo biopsia, en estudio por posible enfermedad auto inmune, tratamiento medico que se venia realizando ante la EPS Famisanar IPS Colsubsidio, sin embargo, el progenitor del niño de forma intempestiva y sin previo aviso, decide trasladarse de Entidad Prestadora de Salud a SURA, por lo que el tratamiento de su hijo se vio torpedeado, y actualmente estancado.

Destaca que, el padre de su hijo no le facilita el usuario y la clave de acceso a la plataforma EPS SURA para poder agendar citas médicas, o algún tipo de servicio medico para el niño, pese a su insistencia, y utiliza dicha situación como mecanismo de presión, chantaje y burla, pues, en solo una oportunidad (después de más de un año) el progenitor ha agendado un cita médica (pasado 24 de octubre de 2023) y al momento de arribar a la consulta el mismo señor la había cancelado previamente, generándole gastos, pérdida de tiempo y vulnerando los derechos de su hijo, que no puede acceder a los servicios de salud.

Pone de presente que, en un sin numero de oportunidades de forma presencial ha solicitado en las instalaciones de la EPS SURA la asignación de citas médicas o la información del usuario y la clave de la plataforma para agendar citas, sin embargo, la respuesta siempre ha sido negativa, pues la EPS se niega a agendar citas de forma presencial (solo plataforma) y no le facilita el usuario y la clave del aplicativo al ser información personal del progenitor del niño.

Resalta que, ha solicitado ante la EPS SURA el traslado de su hijo ELLIAN ISAACK, al régimen subsidiado, al cual se encuentra afiliada al estar desempleada, sin embargo, la EPS SURA niega su desvinculación, ya que establece que únicamente el progenitor tiene la potestad de surtir dicho trámite, y nuevamente la somete junto a su hijo a la voluntad de un padre irresponsable y ausente, poniendo en peligro la salud del niño que cuenta con derechos prevalentes.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Expone que, ante tal situación, elevó derecho de petición ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD a la cual se le asignó el radicado No. 20232100013400152, exponiendo la situación y solicitando intervención como ente de vigilancia y control de la EPS SURA, sin que a la fecha haya obtenido respuesta.

Afirma que, hace más de un año viene luchando ante la EPS accionada y con el papá de su hijo, lo que ha generado que el niño no haya podido recibir atención médica para continuar con tratamiento de sus patologías, ni se le haya practicado el procedimiento quirúrgico que le fue prescrito (biopsia ganglionar), además no ha podido acceder a valoraciones ordenadas de (cirugía pediátrica, reumatología pediátrica, hematología pediátrica, gastroenterología pediátrica, y endocrinología pediátrica), citas de control rutinario pediátrico, de crecimiento y desarrollo, odontología, y valoraciones por psicología que han sido requeridas por la Institución educativa en la que se encuentra, vulnerándose así sus derechos, por lo que solicita que su hijo sea trasladado al régimen subsidiado de salud al que se encuentra vinculada con la EPS Famisanar, donde se venía adelantando su tratamiento.

Subraya que, no cuenta con las condiciones y la capacidad económica para solventar los gastos (cuota moderadora) y de transporte que se generan al tener a su hijo vinculado como beneficiario de su padre en el régimen contributivo en la EPS SURA, y como ya lo indicó, el progenitor no aporta económicamente, y esta desempleada, siendo gastos que debe asumir de forma exclusiva, razón por la cual su hijo y ella se encuentran en un estado de indefensión y debilidad manifiesta.

Destaca que, las entidades accionadas han vulnerado sus derechos y los de su hijo y han acolitado que se siga ejerciendo violencia de género a través del sometimiento al que se ve doblegada por parte del padre de su hijo, que ejerce su posición dominante, que la intimida y amenaza, por lo que solicita la intervención de Juez Constitucional en garantía de los derechos de su hijo, emitiendo una orden a la luz del enfoque de género y los derechos preferentes de su hijo.

DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

De acuerdo con el escrito de demanda la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, considera vulnerados los derechos fundamentales de su hijo **ELLIAN ISAACK**, a la salud en conexidad con la vida, conforme con los artículos 49 y 11 de la Carta Política.

PRETENSIONES:

La actora en tutela depreca del Juez constitucional se amparen los derechos fundamentales de su hijo ELLIAN ISAACK y como consecuencia de ello, ordenar a la EPS SURA que, en un término no superior a 48 horas, desvincule y desafilie del régimen contributivo a ELLIAN de dicha entidad prestadora de salud.

Asimismo, depreca que se ordene a la Secretaria Municipal de Salud, Secretaria Municipal de Desarrollo Social, Oficina del Sisben o quien sea el funcionario competente, todas estas entidades del municipio de Funza, en un término no superior a 48 horas, efectúe la vinculación y afiliación de su hijo ELLIAN ISAACK al régimen subsidiado de salud EPS Famisanar IPS Colsubsidio, incorporándolo a su núcleo familiar.

Finalmente reclama que se adopten las medidas y ordenes que estime pertinentes para garantizar sus derechos fundamentales y los de su hijo ELLIAN ISAACK.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 3 de noviembre del año que avanza, por reparto se recibió escrito de tutela elevado por **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.073.527.840, en nombre propio y del menor **ELLIAN ISAACK P.C.**, identificado con el NUIP 1.220.223.731, motivo por el cual en la misma fecha se avocó¹ conocimiento de la acción constitucional y se ordenó correr traslado del escrito de tutela a la parte demandada **SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA, ALCALDÍA DE FUNZA, OFICINA DE SISBEN FUNZA, SECRETARÍA MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE FUNZA, ADRES, EPS FAMISANAR, IPS COLSUBSIDIO, EPS SURA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA**, para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, librando los oficios respectivos².

También se dispuso vincular al trámite constitucional a la COMISARIA SEGUNDA DE FAMILIA DE FUNZA – CUNDINAMARCA.

¹ Documento 4 archivo digital

² Documento 5 y siguientes ibídem.

Respuestas de las entidades accionadas e información de la oficina requerida.

- **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**

Descorre el traslado el Dr. Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, en su calidad de abogado de la oficina asesora jurídica, quien informa que, esa administradora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2016 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, a partir del día primero (01) de agosto, entra en operación como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016.

Indica que, la ADRES cuenta con la página web: <http://www.adres.gov.co/>, en la cual puede consultarse todo lo relacionado con su operación, su domicilio para todos los efectos legales es la Avenida Calle 26 N°. 69-76 piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C. y su correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co.

Acota que, en cuanto al caso concreto, se verificó que el menor se encuentra afiliado en calidad de beneficiario activo en el régimen contributivo de la EPS SURA desde 2022.

Advirtiendo que esa administradora no es responsable de la determinación de traslados en las diversas EPS, puesto que solamente actualiza las bases de datos única de afiliados, conforme los reportes que realicen dichas entidades (EPS), por lo tanto, no se les puede endilgar vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora.

Destaca que, de conformidad con el Ministerio de Salud y Protección Social, existen ciertas causales de traslados y movilidad, sin necesidad de cumplir un año de permanencia.

- Cuando la EPS deje de operar por disolución o liquidación, revocatoria de la autorización o retiro del municipio.
- Cuando se presentan deficiencias en la prestación o suspensión del servicio o no se garanticen la libre escogencia de IPS o cuando la red de prestadores no corresponda a la prometida.
- Cuando se unifique el núcleo familiar de los cónyuges o compañeros permanentes o cuando un beneficiario cambie su condición a la de cónyuge o compañero permanente o ingresa a otro núcleo familiar.
- Cuando el afiliado cambie de residencia y la EPS en donde se encuentra inscrito no tiene cobertura en el respectivo municipio.
- Cuando la afiliación o inscripción hay sido efectuada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

Acota que, no es responsabilidad de la ADRES, realizar el trámite de traslado o movilidad, por ello existe una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente solicita su desvinculación del trámite constitucional, como quiera que no desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la parte actora. Adicionalmente depreca que en el evento de acceder al amparo se module la decisión a fin de no afectar la estabilidad del sistema general de seguridad social en salud con cargas que se impongan a las entidades accionadas.

- **Superintendencia Nacional de Salud**

Descorre el traslado la doctora Claudia Patricia Forero Ramírez, en su calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Supersalud, quien indica que, la Ley 1122 de 2007, en su artículo 36, creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema de General de Seguridad Social en Salud, siendo la Superintendencia Nacional de Salud la cabeza de este.

Añade que, las facultades de Inspección, Vigilancia y Control se encuentran definidas en el artículo 35 de la citada Ley, y estas deben ser ejercidas dentro de los Ejes del Sistema, contenidos en el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007.

Destaca que, la Superintendencia Nacional de Salud, es un organismo de carácter técnico, que como máximo órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud

debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley, y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, mediante una labor de auditoría preventiva y reactiva, esta última a través de las quejas de los usuarios del Sistema.

Pone de presente que, ese ente de control del Sistema de Salud en Colombia no es el que tiene en cabeza el aseguramiento de los usuarios del sistema, ni tiene la facultad de prestar servicios de salud, toda vez que la prestación de los servicios de salud está en cabeza de las EPS, para el efecto, la ley 100 de 1993 en los artículos 177 y siguientes definió el concepto de EPS y sus funciones básicas estableciendo para ellas la obligación de llevar a cabo la afiliación, registro de afiliados, recaudo de cotizaciones, así como organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan de salud a sus afiliados entre otras.

En este orden de ideas, se puede establecer el aseguramiento en salud como el conjunto de obligaciones que asume una entidad aseguradora, responsable del pago de servicios de salud, como consecuencia de la transferencia del riesgo que hace el usuario del sistema a dicha entidad, y que conlleva una serie de responsabilidades directas tales como las definidas en el numeral 2 de la Circular 066 de 2010.

Esgrime que, en cuanto a la afiliación al sistema de seguridad social en salud, la ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" estableció el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuyo objetivo es regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso para toda la población residente del país en todos los niveles de atención, basados en los principios de Equidad, Obligatoriedad, Protección integral, Libre escogencia, Calidad entre otros.

La afiliación al sistema es un acto que se realiza por una sola vez y con ella se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, así mismo se llevará a cabo por formulario electrónico o físico de conformidad con lo establecido por el Ministerio de salud.

Pone de presente que la afiliación al Sistema de Salud implica la aceptación de las condiciones propias del régimen contributivo o subsidiado y aquellas relacionadas con las cuotas moderadoras y copagos para la prestación de los servicios de conformidad con las normas vigentes las cuales deberán ser informadas al afiliado.

Así mismo indica que, no habrá afiliaciones retroactivas al Sistema de Seguridad Social en Salud, y la desafiliación solo se producirá por la muerte del afiliado.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

De conformidad con lo reglamentado en el artículo 2.1.3.2 del Decreto 780 de 2016, todos los residentes en Colombia están obligados a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, salvo los que cumplan requisitos para pertenecer a los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente.

Expone que, para acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud se hace a través del Régimen Contributivo o del Régimen Subsidiado.

Se afilian al Régimen Contributivo todas las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados, los trabajadores independientes con capacidad de pago, las madres comunitarias y los aprendices en etapa lectiva y productiva. Estas personas deben hacer un aporte mensual (cotización) a una Entidad Promotora de Salud ante la cual están previamente inscritos, quien se encargará de asumir el aseguramiento en salud del afiliado y garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en el PBS.

Al régimen subsidiado pertenecerán las personas sin capacidad de pago para cubrir totalmente una cotización, por tal motivo el sistema general de seguridad social en salud subsidiará a la población más pobre y vulnerable del país.

A su vez, el Decreto 780 de 2016, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social", crea el sistema afiliación transaccional en cabeza del Ministerio de Salud y a través del cual se podrán realizar las transacciones por los diferentes usuarios, de acuerdo con las competencias de estos y los niveles de acceso que defina el ente regulador, lo que permitirá realizar consultas y novedades de los afiliados al sistema.

El afiliado tiene la potestad de elegir libremente la EPS en la cual desea inscribirse, con el fin de garantizar el derecho a la libre escogencia de EPS.

Los afiliados al sistema de salud en calidad de cotizantes deberán inscribir a su núcleo familiar en la misma EPS escogida, allegando la respectiva documentación que acredita la calidad de beneficiarios de conformidad con lo establecido en la ley.

Respecto a la composición del núcleo familiar, dispone el artículo 2.1.3.6 del Decreto 780:

"Artículo 2.1.3.6 Composición del núcleo familiar. Para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por:

1. El cónyuge.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo.
3. Los hijos menores de veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del cotizante.
4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante.
5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 3 y 4 del presente artículo.
6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 3 y 4 del presente artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición.
7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de estos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de este.
8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de este.
9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente.

Los miembros del núcleo familiar que no estén cotizando al sistema y los pensionados cotizantes únicamente recibirán la prestación de los servicios de salud previstos en el plan de beneficios.

Parágrafo 1°. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.

Esta condición se registrará a través del Sistema de Afiliación Transaccional.

Parágrafo 2°. Los hijos adoptivos y los menores en custodia legal tendrán derecho a ser incluidos en el núcleo familiar desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes o a los terceros a quienes se haya otorgado la custodia conforme a las normas legales.

Parágrafo 3°. En los casos en los que existan dos personas con igual derecho que no puedan ser inscritas como beneficiarias en el núcleo familiar simultáneamente, se estará a lo resuelto por la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

Parágrafo 4°. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las estrategias y lineamientos que deben observar las entidades territoriales, las EPS, los afiliados y demás entidades responsables de la afiliación en el régimen subsidiado, tendientes a la identificación de los núcleos familiares, conforme a lo establecido en el presente artículo.

Parágrafo 5°. La composición del núcleo familiar prevista en el presente artículo será aplicable en el régimen subsidiado y para el efecto, el cabeza de familia se asimilará al cotizante.

Parágrafo 6°. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, la dependencia económica se declarará en el momento de la inscripción en la EPS y se presumirá la buena fe en su declaración”.

Respecto a la suspensión de la afiliación indicó:

“Artículo 2.1.3.15 Suspensión de la afiliación. La afiliación se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el cotizante dependiente o independiente o el afiliado adicional incurra en mora en los términos establecidos en los artículos 2.1.9.1 al 2.1.9.5 del presente decreto.
2. Cuando transcurran tres (3) meses contados a partir del primer requerimiento al cotizante para que allegue los documentos que acrediten la condición de sus beneficiarios, si son requeridos según lo dispuesto en el artículo 2.1.2.3 del presente decreto, y este no haya sido atendido. Lo dispuesto en el presente numeral no será aplicable a las mujeres gestantes ni a los menores de edad.

Artículo 2.1.3.16 Efectos de la suspensión de la afiliación. Durante los períodos de suspensión de la afiliación por mora, no habrá lugar a la prestación de los servicios del plan de beneficios a cargo de la EPS en la cual se encuentre inscrito con excepción de la atención en salud de las gestantes y los menores de edad en los términos establecidos en el artículo 2.1.9.5 del presente decreto.

En el caso de los beneficiarios respecto de los cuales no se alleguen los documentos que acreditan tal condición, cuando sean requeridos según lo dispuesto en el artículo 2.1.2.3 del presente decreto, estos tendrán derecho a la atención inicial de urgencias y la UPC correspondiente se reconocerá una vez se aporten dichos documentos. Se exceptúa de lo aquí previsto la atención en salud a las mujeres gestantes y a los menores de edad a quienes se les garantizará los servicios del plan de beneficios.

En el caso de los cotizantes independientes no se causarán cotizaciones ni intereses de mora de conformidad con el artículo 209 de la Ley 100 de 1993.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

En todo caso, producida la suspensión de la afiliación, cuando el afiliado se encuentre con tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación, de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias, los servicios de salud serán garantizados en los términos previstos en la presente Parte”

Ahora bien, en el caso de la afiliación al régimen contributivo:

“Artículo 2.1.4.1 Afiliados al régimen contributivo. Pertenerán al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Como cotizantes:

1.1. Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país.

1.2. Los servidores públicos

1.3. Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes, sustitutos o pensión gracia tanto del sector público como del sector privado. En los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios.

1.4 Los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas residentes en el país, que no tengan vínculo contractual y reglamentario con algún empleador y cuyos ingresos mensuales sean iguales o superiores a un salario mínimo mensual legal vigente.

2. Como beneficiarios:

2.1 Los miembros del núcleo familiar del cotizante, de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 1 del presente artículo”.

DE LA COBERTURA FAMILIAR.

El servicio de salud tiene cobertura familiar, conformada por aquellas personas que actúan al interior del sistema como beneficiarias. Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social que establece con relación a la composición del núcleo familiar, lo siguiente:

ARTICULO 2.1.3.6 Composición del núcleo familiar. Para efectos de la inscripción de los beneficiarios, el núcleo familiar del afiliado cotizante estará constituido por:

1. El cónyuge;

2. A falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente incluyendo las parejas del mismo sexo;

3. Los hijos menores de veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del cotizante;

4. Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del cotizante;

5. Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado, incluyendo los de las parejas del mismo sexo, que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 3 y 4 del presente artículo;

6. Los hijos de los beneficiarios descritos en los numerales 3 y 4 del presente artículo hasta que dichos beneficiarios conserven tal condición.

7. Los hijos menores de veinticinco (25) años y los hijos de cualquier edad con incapacidad permanente que, como consecuencia del fallecimiento de los padres, la pérdida de la patria potestad o la ausencia de éstos, se encuentren hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante y dependan económicamente de éste. 8. A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del cotizante que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

9. Los menores de dieciocho (18) años entregados en custodia legal por la autoridad competente.

Los miembros del núcleo familiar que no estén cotizando al sistema y los pensionados cotizantes únicamente recibirán la prestación de los servicios de salud previstos en el plan de beneficios.

Parágrafo 1. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.

Esta condición se registrará a través del Sistema de Afiliación Transaccional.

Parágrafo 2. Los hijos adoptivos y los menores en custodia legal tendrán derecho a ser incluidos en el núcleo familiar desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes o a los terceros a quienes se haya otorgado la custodia conforme a las normas legales.

Parágrafo 3. En los casos en los que existan dos personas con igual derecho que no puedan ser inscritas como beneficiarias en el núcleo familiar simultáneamente, se estará a lo resuelto por la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

Parágrafo 4. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las estrategias y lineamientos que deben observar las entidades territoriales, las EPS, los afiliados y demás entidades responsables de la afiliación en el régimen subsidiado, tendientes a la identificación de los núcleos familiares, conforme a lo establecido en el presente artículo.

Parágrafo 5. La composición del núcleo familiar prevista en el presente artículo será aplicable en el régimen subsidiado y para el efecto, el cabeza de familia se asimilará al cotizante.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Parágrafo 6. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, la dependencia económica se declarará en el momento de la inscripción en la EPS y se presumirá la buena fe en su declaración. (Art. 21 del Decreto 2353 de 2015).

ARTICULO 2.1.3.8 Inscripción del núcleo familiar. Los afiliados cotizantes o cabezas de familia deberán registrar en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribir en la misma EPS a cada uno de los miembros que conforman el núcleo familiar, para lo cual deberán allegar el soporte documental de su calidad de beneficiarios, en los casos que sea necesario.

Cuando se inscriba un miembro que no cumple las condiciones legales para ser parte del grupo familiar o no se registre la novedad de aquellos beneficiarios que pierden su condición de tales, el afiliado cotizante deberá reintegrar el valor de las UPC y el per cápita para promoción y prevención que el Sistema hubiere reconocido durante el período en que el beneficiario carecía del derecho.

Parágrafo. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, toda inscripción de los beneficiarios exigirá la presentación de los documentos previstos en el artículo 2.1.3.7. En la presente Parte. La inscripción del recién nacido se podrá efectuar según lo dispuesto en el artículo 2.1.3.10 de la presente Parte. (Art. 23 del Decreto 2353 de 2015)

Finalmente, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993: "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", establece lo siguiente:

"ARTICULO. 163.- La cobertura familiar. El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, (sean estudiantes con dedicación exclusiva) y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste. (Negrilla fuera de texto) Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-521 de 2007 NOTA: El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1065 de 2008, en el entendido de que la dedicación exclusiva se refiere al tipo de programa que esté cursando.

PARAGRAFO. 1º-El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARAGRAFO. 2º- Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley". (Negrillas fuera de texto).

DEL TRASLADO ENTRE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD

El artículo 2.1.7.2. del Decreto 780 de 2016 establece las condiciones para el traslado de los afiliados entre entidades promotoras de salud el cual se podrá llevar a cabo cualquier día del mes y debe haber estado inscrito por un periodo mínimo de 360 días continuos o discontinuos contados a partir del momento de la inscripción, así mismo no debe estar el afiliado o cualquiera de sus beneficiarios interno en una IPS, estar a paz y salvo en las cotizaciones al sistema de salud e incluir a todos los beneficiarios.

Cuando el traslado de EPS se da entre regímenes diferentes, si no se ha cumplido la totalidad de requisitos establecidos en el precitado artículo, el afiliado podrá realizar la movilidad permaneciendo en la misma EPS hasta tanto cumpla las condiciones para cambiar de EPS.

No obstante, lo anterior, la excepción a la regla de permanencia en una EPS se da cuando se presenten las situaciones establecidas en el artículo 2.1.7.3 del decreto 780 de 2016.

Ahora bien, si el cotizante o cabeza de familia presenta la solicitud de traslado dentro de los cinco (5) primeros días del mes, es la nueva EPS la encargada de prestar todos los servicios de salud; mientras que, si la solicitud se presenta con posterioridad a los cinco (5) primeros días del mes la Entidad Promotora de Salud elegida prestará los servicios desde el primer día calendario del mes subsiguiente a la solicitud.

Ahora bien, respecto a la efectividad del traslado, dispone el artículo 2.1.7.4:

"Artículo 2.1.7.4 Efectividad del traslado. El traslado entre EPS producirá efectos a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha del registro de la solicitud de traslado en el Sistema de Afiliación Transaccional, cuando este se realice dentro de los cinco (5) primeros días del mes, momento a partir del cual la EPS a la cual se traslada el afiliado cotizante o el cabeza de familia y su núcleo familiar deberá garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios. Cuando el registro de la solicitud de traslado se realice con posterioridad a los cinco (5) primeros días del mes, el mismo se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la fecha del citado registro.

La Entidad Promotora de Salud de la cual se retira el afiliado cotizante o el cabeza de familia tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones económicas, según el caso, tanto del cotizante o del cabeza de familia como de su núcleo familiar, hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

Si previo a que surta la efectividad del traslado, se presenta una internación en una IPS, la efectividad del traslado se suspenderá hasta el primer día calendario del mes siguiente a aquel en que debía hacerse efectivo, en cuyo caso la EPS de la cual se traslada deberá dar aviso a través del Sistema de Afiliación Transaccional de dicha novedad a más tardar el último día del mes.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

En todo caso, los trabajadores dependientes tendrán la obligación de informar a su empleador la novedad de traslado, y los empleadores la obligación de consultar en el Sistema de Afiliación Transaccional la EPS en la cual se encuentra inscrito el trabajador una vez se tramite el traslado”.

DE LA LIBRE ELECCIÓN DE PRESTADORES Y EMPRESAS PROMOTORAS DE SERVICIOS DE SALUD

Al respecto el numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, establece respecto a la libre escogencia lo siguiente:

“El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley”.

Por su parte el literal g) del artículo 156 ib., al respecto establece que, “Los afiliados al sistema elegirán libremente la entidad promotora de salud, dentro de las condiciones de la presente ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud, dentro de las opciones por ella ofrecida.”.

El numeral 3.12 del artículo 3° de la Ley 1438 de 2011 define la libre escogencia como uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece que, “El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo”.

Sobre el derecho que asiste a los pacientes, de elegir dentro de la red de prestadores de servicios de salud de la EPS el prestador de servicios de salud que desee, así como el profesional de salud, se establece:

Tanto la red prestadora de servicios de salud encargada de garantizar la prestación de servicios de salud a los afiliados de una EPS del régimen Contributivo, como la propia EPS, entidad encargada de administrar y velar porque los recursos destinados a la salud de los cotizantes del Régimen Contributivo cumplan con su finalidad, son las entidades que deben garantizar el derecho a la salud de toda la población afiliada a dicho régimen, pues, no puede olvidarse que el derecho a la salud, es un derecho de rango constitucional al que no puede limitarse el acceso por parte de los administradores de los recursos del mismo so pretexto de anteponer trabas administrativas que atentan contra los derechos de los usuarios dejándolos desprotegidos frente al aseguramiento en salud y por ende atentando contra la vida misma.

Conforme a la definición del aseguramiento en salud, las EPS como ASEGURADORAS EN SALUD son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia, y eficacia de la prestación de los servicios de salud, y por ende, son dichas entidades las que deben responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud, exige que el asegurador, asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y la vida de asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

En el evento de verificarse deficiencias o irregularidades en el cumplimiento de las condiciones de permanencia en la habilitación, y la no garantía del aseguramiento en salud, la Superintendencia Nacional de Salud en aras de proteger el interés público, razón última de la Superintendencia Nacional de Salud como organismo de Inspección, Vigilancia y Control, de conformidad con sus funciones y facultades legales y constitucionales, procederá a adoptar las medidas tendientes a contrarrestar los hechos y circunstancias que pongan en peligro la prestación del servicio de salud y lesionen el orden jurídico que se protege esto es la población afiliada al sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de superar las deficiencias técnico administrativas, las deficiencias técnico científicas, las deficiencias financieras, y las deficiencias en la garantía del aseguramiento en salud de su población afiliada, que se detecten.

Igualmente, el DECRETO ÚNICO 780 EN SU ARTÍCULO 2.5.2.1.1.1 señala lo correspondiente al derecho que tiene el usuario de elegir libremente la IPS de su preferencia en los siguientes términos:

“Régimen general de la libre escogencia. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

1. La Libre Escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.

La Entidad Promotora de Salud podrá establecer condiciones de acceso del afiliado a los prestadores de servicios, para que ciertos eventos sean atendidos de acuerdo con el grado de complejidad de las instituciones y el grado de especialización de los profesionales y se garantice el manejo eficiente de los recursos.

La Entidad Promotora de Salud deberá garantizar al usuario de Planes Complementarios la disponibilidad de prestadores de tales servicios, sin que por ello sea obligatorio ofrecer un número plural de los mismos.

2. Deber de información. Cuando se suprima una institución prestadora, o un convenio con un profesional independiente, por mala calidad del servicio, este hecho se deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud y a los afiliados dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que se presente la novedad.

3. Prácticas no autorizadas. Las Entidades Promotoras de Salud deberán abstenerse de introducir prácticas que afecten la libre escogencia del afiliado, tales como las que a continuación se enumeran:

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

a. Ofrecer incentivos para lograr la renuncia del afiliado, tales como tratamientos anticipados o especiales al usuario, bonificaciones, pagos de cualquier naturaleza o condiciones especiales para parientes en cualquier grado de afinidad o consanguinidad; b. Utilizar mecanismos de afiliación que discriminen a cualquier persona por causa de su estado previo, actual o potencial de salud y utilización de servicios;

c. Terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados, o negar la afiliación a quien desee afiliarse, siempre que garantice el pago de la cotización o subsidio correspondiente, salvo cuando exista prueba de que el usuario ha utilizado o intentado utilizar los beneficios que le ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud en forma abusiva o de mala fe. Para estos efectos, se consideran conductas abusivas o de mala fe del usuario entre otras, las siguientes:

i) solicitar u obtener para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios; ii) solicitar u obtener la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos;

iii) suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa;

iv) utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles; y d. Cualesquiera otros medios, sistemas o prácticas que tengan por objeto o como efecto afectar la libre escogencia del usuario.

4. Incentivos a la permanencia. Las Entidades Promotoras de Salud podrán establecer de manera general para sus afiliados, con aprobación de la Superintendencia Nacional de Salud, incentivos a la permanencia de los mismos.

5. Alianzas de usuarios. Las alianzas o asociaciones de usuarios que se constituyan, de conformidad con la ley, sobre la base de empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, tendrán como objetivo único el fortalecimiento de la capacidad negociadora, la protección de los derechos de los usuarios y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los afiliados que hagan parte de estos mecanismos de asociación conservarán su derecho a la libre escogencia, para lo cual deberán ser informados previamente de las decisiones proyectadas, y manifestar en forma expresa su aceptación.

6. Transparencia. Las Entidades Promotoras de Salud deberán publicar, de conformidad con los parámetros que determine la Superintendencia Nacional de Salud, los estados financieros y las condiciones de prestación del servicio que le permitan a los usuarios tomar racionalmente sus decisiones."

GESTIONES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Finalmente, respecto a la queja que manifiesta el accionante, interpuesta ante esta Superintendencia, es importante advertir que se dio traslado a la delegada de Protección al Usuario de esta Superintendencia, con el fin de que se realizara el seguimiento al caso con fundamento en las funciones asignadas por los artículos 19 y 20 del Decreto 1080 de 2021.

Bajo estas consideraciones, esperamos haber otorgado suficientes elementos de juicio al señor Juez para que resuelva lo que en derecho corresponda.

Finalmente solicita desvincular a esa entidad del trámite constitucional, toda vez que la presunta vulneración de los derechos fundamentales reclamados por la parte accionante no deviene de una acción u omisión de esta entidad.

- **Famisanar Eps**

Descorre el traslado la doctora Leonor Cerdas Gómez, quien señala que, el menor ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN, quien se identifica con Registro Civil 1146139661, se encuentra en estado CANCELADO en el Régimen Contributivo bajo el causal retiro por traslado a otra EPS desde el 31 de octubre de 2022.

Añade que, esa EPS procedió realizar la validación correspondiente en la página pública de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES y se pudo constatar que el menor en comento presenta afiliación legalizada a favor de EPS SURAMERICANA S.A y en estado ACTIVO.

Destaca que, al estar el menor ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN legalizado en una Entidad Promotora de Salud EPS ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Social en Salud ADRES, resulta ser improcedente la inclusión nuevamente en la base de datos de EPS Famisanar SAS, como quiera que, esa Entidad no está legalmente autorizada y/o habilitada por el ente de Vigilancia y Control Superintendencia Nacional de Salud para realizar afiliaciones directamente al régimen subsidiado.

Aclara que, la EPS Famisanar SAS, como Entidad Promotora de Salud y legamente autorizada para realizar afiliaciones directamente en el Régimen Contributivo, emite previo cumplimiento a la Normatividad Legal Vigente que opera en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en cuanto al proceso de Movilidad entre regímenes.

Esto de acuerdo a que, la población que actualmente se encuentra registrada en EPS Famisanar SAS en calidad de beneficiarios del Régimen Subsidiado, son aquellos que perdieron las condiciones para seguir cotizando bien sea en calidad de aportante dependiente o independiente, así mismo la población recién nacida o población menor de edad que no se encuentran legalizados ante la ADRES para ninguna Entidad Promotora de Salud.

Para el caso concreto esgrime que no es viable realizar la inclusión de afiliación en EPS Famisanar SAS, como quiera que ostenta una legalización de afiliación ante la ADRES y es primordial que el responsable del menor solicite la respectiva prestación de los servicios en una Entidad Promotora de Salud EPS que opere directamente en el Régimen Subsidiado.

Concluye que, ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de FAMISANAR, las pretensiones planteadas por el accionante no están llamadas a prosperar, por tal razón solicita se declare la IMPROCEDENCIA de la acción constitucional dentro de la presente acción de tutela.

- **Eps Suramericana S.A.**

Descorre el traslado, la doctora Jessica Alejandra Cárdenas Castaño, en su condición de Representante Legal Judicial de la compañía EPS SURAMERICANA S.A. NIT800.088.702-2 - EPS SURAMERICANA S.A., en adelante SURA, quien informa que, el menor ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN con RC 1220223731 se encuentra afiliado al PBS de EPS SURA en calidad de beneficiario hijo del señor DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA con CC1023006211 en el Régimen Contributivo.

Expone que, para proceder con la exclusión del menor por parte del padre quien es el titular es responsabilidad exclusiva del cotizante cabeza del grupo familiar de acuerdo a la normatividad legal vigente en el artículo 4° del Decreto 1703 de 2002 y el párrafo del artículo 40 del decreto 806 de

1998, dispone que el trámite de retiro de beneficiarios ante la EPS es responsabilidad exclusiva del cotizante cabeza del grupo familiar dicha novedad la debe reportar a través del portal de Afiliados ingresando a nuestro sitio web www.epssura.com/Afiliados- Afiliaciones y Retiros- Retiro de Beneficiario.

Afirma que, el amparo constitucional en este caso es improcedente, atendiendo que no existe vulneración de derecho fundamental alguno a la parte actora por parte de esa EPS, como quiera que no es SURA, la entidad competente para resolver las pretensiones elevadas en favor del menor, aunado a que se han apegado a los derechos y deberes establecidos por la ley, pues frente a los argumentos expuestos no se observa culpa alguna frente a la situación de aquel.

Finalmente, solicita negar el amparo constitucional y como consecuencia de ello declarar la improcedencia de la acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de la EPS SURAMERICANA S.A.

- **Alcaldía Municipal de Funza- Cundinamarca**

Descorre el traslado la Doctora Norma L. Cardozo Agudelo, en su condición de Secretaria de Salud y el Doctor Nelson Hernán López R. en su calidad de Secretario de Planeación y O.T., quienes informan que, la normatividad que regula la competencia en salud de las entidades territoriales, para este caso la alcaldía municipal de Funza se rige de acuerdo a lo estipulado en el artículo 44.2.2. de la Ley 715 de 2001 y el art. 44.2.4 de la misma ley, asimismo, el Compes 3877 de 2016, estableció el SISBEN IV, como fuente de información para la focalización de los beneficiarios de programas sociales.

Acota que, en cuanto a las pretensiones de la parte accionante, el Parágrafo 2 del Artículo 16 del Decreto 2353 de 2015 “La desafiliación al sistema sólo se producirá por el fallecimiento del afiliado” y se debe efectuar una encuesta socio económica a través de la oficina del SISBEN, para establecer a que grupo poblacional pertenece según la metodología IV y tal como lo establece la Resolución 1870 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Artículo 40. Afiliados al régimen subsidiado Parágrafo 1. “Las condiciones de pertenencia al régimen contributivo o a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen subsidiado, salvo lo dispuesto para la afiliación del recién nacido. En consecuencia, cuando una persona reúna simultáneamente las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, a un régimen exceptuado o especial o al régimen subsidiado deberá registrarse en inscribirse a una EPS del régimen contributivo o afiliarse al régimen exceptuado o especial, según el caso.”. Parágrafo 5. Cuando cualquier autoridad nacional o territorial advierta que un afiliado del régimen subsidiado

cumpla las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, informará a la entidad territorial para que adelante las medidas tendientes a la terminación de la inscripción en la EPS. La omisión de esta obligación por parte de las autoridades territoriales dará lugar a las acciones disciplinarias, administrativas, fiscales y penales a que hubiere lugar.”.

Agrega que, para poder vincular al menor dentro del núcleo de la madre en el Régimen Subsidiado, previa validación por parte de la ADRES, el cotizante que lo tiene como beneficiario, debe solicitar a la EPS SURA que lo retire de su núcleo familiar y a su vez, que la EPS FAMISANAR lo solicite para inclusión, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios, tal como lo establece la Resolución 4622 de 2016, modificada por la Resolución 2153 de 2021, la solicitud de inclusión solo podrá ser realizada por la progenitora, bien sea de manera presencial ante la EPS FAMISANAR, o realizando la inscripción ante Mi Seguridad Social.

Aclara que, el numeral 2 del artículo 6 del Decreto 616 de 2022, estableció un pazo hasta el 5 de marzo de 2023, para la actualización del Sisben, el cual fue modificado por el Decreto 439 de 2023, ampliando el 5 de marzo de 2024, para que todas las personas que se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado en Salud, actualicen la información de los hogares, registrada en la base municipal del Sisben metodología IV, evitando así, una cancelación de la EPS.

Pone de presente que la señora LAYNE PAOLA CUAN, no se encuentra registrada en la nueva metodología SISBEN IV, pese a ello, la administración municipal le esta garantizando el derecho a la salud en el régimen subsidiado.

Finalmente solicita desvincular a esa secretaría de salud y a la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial –oficina de Sisben de Funza, como quiera que nunca se ha negado el traslado del menor, como quiera que no se encuentra requerimiento por parte de la progenitora, como responsable del mismo, para su inclusión como beneficiario.

- **Daniel Alejandro Perdomo Pineda**

Descorre el traslado del escrito tutelar, manifestando que, actualmente se encuentra vinculado al proceso ejecutivo de alimentos, con radicado: 2021 -290 del Juzgado de Familia de Funza interpuesta por parte de la aquí accionante, LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS, identificada con cedula de ciudadanía No. 1073527840 representante legal del menor ELLIAN ISAACK PERDONO CUAN; quien en este momento tienen la custodia y el cuidado del menor.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Pone de presente que como padre progenitor del menor, esta dando cumplimiento con lo acordado en el acta de conciliación No. 633-2018, por tanto, no esta incumpliendo con lo pactado, en alimentos, cuota de vestuario, salud EPS- SURA a la cual siempre ha tenido al menor afiliado como beneficiario.

Expone que, en cuanto a los hechos que se afirman en la tutela no corresponden a la realidad, que como padre no ha estado presente en la vida del menor; cuando es la accionante la que no le ha permitido ver a su hijo desde diciembre del año 2022.

Afirma que lo alegado en el numeral tercero es falso, en cuanto se asegura que no existe comunicación entre los padres de ELLIAN, debido a que la demandante le pidió a través de WhatsApp que le enviara usuario y contraseña de la APP de la EPS –SURA y video de como ingresar a la plataforma, para pedir las citas de su hijo en común, lo cual aporta como evidencia.

Destaca que, él mismo realizó el cambio de lugar de atención de la EPS – SURA con fecha de 8 de octubre del 2023 y que comenzó a aplicar desde la fecha 16 de octubre del año en curso; al lugar donde vive el menor para que la accionante no tuviera que desplazarse con ELLIAN hasta las sedes de la EPS ubicadas en Bogotá, anexa pantallazos de la prestación del servicio hasta el momento y que no le han negado los servicios de salud al menor, como prueba.

Esgrime que, en cuanto a la petición que LAYNE PAOLA CUAN de retirar a ELLIAN ISAACK de una EPS de régimen CONTRIBUTIVO -EPS SURA, a una del régimen SUBSIDIADO; manifiesta su desacuerdo ya que su hijo merece la mejor atención de salud, siendo su beneficiario, pues como lo demuestra se le están otorgando las citas médicas oportunamente.

Resaltar que en cuanto a la cuota moderadora que se exige por ley ante la EPS- SURA es de un monto mínimo de \$4.100 pesos ya que devenga un salario mínimo legal vigente actualmente.

Reitera que, en ningún momento esta vulnerando los derechos de su hijo ELLIAN, sino por el contrario esta velando por su bienestar como la ley lo exige.

- **Comisario Segunda de Familia de Funza**

Descorre el traslado el Doctor Miguel Ángel Guacaneme Cristancho, en su calidad de Comisario, quien en primer lugar, solicita se declare improcedente la acción de tutela, por cuanto no existe violación o amenaza de los derechos fundamentales de los accionantes que haga meritoria la activación del mecanismo transitorio y subsidiario, existen otros medios de defensa a los que los actores pueden acudir ante la ausencia de un perjuicio irremediable.

Añade que frente a los hechos, 1 y 2 son ciertos y los restantes no le constan, se opone a las pretensiones y que se amparen algún derecho fundamental a la demandante, por cuanto la Comisaria de Familia para el momento de la audiencia de conciliación acta 4267-2018 e historia 633-2018, no vulneró ningún derecho teniendo en cuenta que la conciliación se hizo de manera libre y voluntaria por las personas que hicieron presencia en la diligencia realizada el día 03 de enero de 2019 y se hicieron las advertencias de ley.

Pone de presente que, ese despacho de ninguna manera ha actuado de manera caprichosa ni con desconocimiento de la normatividad aplicable para este proceso, por el contrario, se ha garantizado en todo momento el derecho a la defensa, contradicción y debido proceso, por tanto, las actuaciones se realizaron bajo los criterios que establece la ley 1098 de 2006, ley 640 de 2001, la cual fue modificada por la ley 2220 de 2022.

- **IPS Colsubsidio**

Descorre el traslado la doctora Nini Johana Soto Perpiñán, en su condición de abogada de la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, quien informa que, la IPS COLSUBSIDIO interviene en el marco del Sistema de Seguridad Social de Salud bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), a través de una Red de Clínicas y Centros Médicos.

Añade que, el acceso al servicio de salud, para los afiliados al Sistema de Seguridad Social, pertenecientes al Régimen Contributivo, se materializa por conducto de una sociedad privada comercial, autónoma e independiente de COLSUBSIDIO, cuya naturaleza corresponde a la de una Entidad Promotora de Salud (EPS).

Estas entidades tienen por objeto operar como ADMINISTRADORAS dentro del sistema y cumplen la función de ASEGURADORAS de los cotizantes y sus beneficiarios, producto de una relación contractual.

Indica que, en relación con el caso que ocupa este pronunciamiento, en lo que respecta a las atenciones en salud del paciente en su Red de IPS, E. I. P. C., identificado con R.C. 1.220.223.731, de 6 años de edad, el sistema de información SAP institucional registra antecedentes de adenopatías cervicales, hepatomegalia, síndrome proliferativo, nódulo tiroideo izquierdo.

La más reciente valoración en la IPS se anota el 27 de agosto de 2022, a través de pediatría, para esa fecha se indicó seguimiento interdisciplinario dado evidencias, en la misma mensualidad de 2022

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

estuvo hospitalizado en la Clínica Infantil Colsubsidio donde fue valorado por Cirugía Pediátrica, especialidad que había indicado toma de biopsia cervical electiva ambulatoria.

Durante el año 2023 paciente no registra valoraciones en su sistema y, revisado el estado de afiliación en el sistema SAP, se encuentra en estado CANCELADO.

Dado esto, se visualiza la plataforma ADRES donde se registra la Información de afiliación en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra que el menor se encuentra afiliado estado activo en la EPS Suramericana con IPS Primaria Colsubsidio Funza, no obstante, en el sistema IPSA de la EPS Sura, no se visualizan atenciones en salud efectivas al paciente.

Destaca que es IPS ha brindado una atención pertinente acorde a la patología con las indicaciones descritas cuando se ha requerido y ausencia de vulneración de los derechos del accionante constitucional, por la evidencia de asistencia ofertada, y carencia de objeto de la acción por sustracción de materia, al no ser las IPS como prestadoras las entidades llamadas a solucionar el petitum del amparo.

Finalmente solicita declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de la IPS COLSUBSIDIO, puesto que no le han vulnerado ningún derecho al menor accionante agenciado ni a su progenitora.

ACERVO PROBATORIO

- 1.- Demanda presentada por la accionante LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS (En 3 folios).
3. Copia del Registro Civil de Nacimiento de ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN (En 1 folio)
4. Consulta de afiliación de LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS (en 1 folio)
5. Respuesta EPS SURA (En 1 folio).
6. Acta de Conciliación en la Comisaria Segunda de Familia de Funza (En 2 folios)
7. Auto del Juzgado de Familia de Funza, proceso ejecutivo de alimentos 252863110001-2021-00290-00 (En 2 folios).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con los Decretos 2591 de 1.991, 1382 de 2.000 y 333 de 2021 artículo 1 numeral 2, este despacho es competente para conocer la demanda de tutela interpuesta en contra de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, la cual es un organismo del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; pertenece al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Legitimación por activa.

Recae sobre el menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, quien es titular del derecho de salud en conexidad con la vida invocados como conculcados por su progenitora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**.

Legitimación por pasiva

Los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que la acción de tutela se puede promover contra autoridades y contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión. De esta forma, este requisito se encuentra acreditado puesto que la solicitud de tutela se dirige contra la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA, ALCALDÍA DE FUNZA, OFICINA DE SISBEN FUNZA, SECRETARÍA MUNICIPAL DE DESARROLLO SOCIAL DE FUNZA, ADRES, EPS FAMISANAR, IPS COLSUBSIDIO, EPS SURA**, que están legitimados en la causa por pasiva de conformidad con el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Esta acción, es un medio con el que cuenta todo individuo sin distingo alguno y puede ser promovida por sí mismo o por interpuesta persona y, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Requisito de inmediatez.

Al respecto, se ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho

generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Conforme lo expuesto, en este caso, el requisito de inmediatez se encuentra cumplido dado que la actora en tutela en término prudente y razonable expuso ante el juez constitucional el hecho o la conducta que encontró era causa de la vulneración de derechos fundamentales de su menor hijo en busca de su protección constitucional.

Requisito de subsidiariedad.

El artículo 86 de la Carta establece de manera clara que:

*“(...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).”

Al respecto, a través de la jurisprudencia constitucional se ha advertido, de existir otro medio de defensa judicial, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto con el fin de determinar la idoneidad y eficacia del referido medio para lograr la protección pretendida en el contexto en el que se encuentra el sujeto activo de la acción.

Así, en los eventos en que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante deben ser estudiados atendiendo el contexto del caso y las especiales condiciones del afectado, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal.

En palabras de la Corte *“(...) el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales (...).”³.*

³ Sentencia T- 064 de 2016 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Por eso, en el evento en que la acción constitucional proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual, jurisprudencialmente se ha reiterado, debe ser *inminente* y *grave*, de allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad⁴. Sobre esa base, ha agregado la Corte que: “(...) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo (...)” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable⁵. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

Problema jurídico:

Con base en lo anterior, corresponde al despacho dar solución al siguiente problema jurídico:

1. Determinar si se vulneró el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida alegados por la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS** en favor de su menor hijo **ELLIAN ISAACK**, quien adujo que no se le ha permitido desvincular a su descendiente de la **EPS SURA**, régimen contributivo a la cual se encuentra afiliado como beneficiario de su progenitor, señor **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO**, para ser afiliado al régimen subsidiado en la **EPS FAMISANAR**, a la cual ella esta inscrita en el municipio de Funza, porque el padre del menor no le ha facilitado el usuario y contraseña para ingreso a la plataforma de la EPS SURA para poder agendar las citas médicas del niño.
2. Adicionalmente asegura la demandante, que el señor **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA**, ha cancelado las citas médicas ha agendadas al menor, como medio de presión y chantaje en su contra.

Para la resolución de dichos asuntos se analizarán los siguientes tópicos: *i)* derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida de los niños. *ii)* afiliación al régimen subsidiado en salud y aplicación al caso concreto

• Derecho a la salud en Conexidad con vida de los niños

⁴ Respecto de la urgencia precisó la Corte desde sus inicios que: “(...) hay que instar o precisar (...) su pronta ejecución o remedio”. Las medidas urgentes deben adecuarse a la inminencia del perjuicio y a las circunstancias particulares del caso. Y en cuanto a la impostergabilidad ha referido que “las medidas de protección (...) deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable”. Sentencias T-225 de 1993, T-107 de 2017, T- 064 de 2017, entre otras.

⁵ Sentencia T- 064 de 2017 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

En el presente caso la accionante **LAYNE PAOLA CUAN** considera que se ha vulnerado el derecho a la salud en conexidad con la vida de su hijo **ELLIAN ISAACK**, por parte de la **EPS SURA** y la **SECRETARIA DE SALUD DE FUNZA**.

Respecto al derecho a la salud de los niños y niñas ha decantado el máximo Tribunal Constitucional:

“El derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas

1. El artículo 49 Superior dispone que la atención en salud es un servicio público y un derecho económico, social y cultural que el Estado debe garantizar a las personas. Ello implica asegurar el acceso a su promoción, protección y recuperación. Adicionalmente, el artículo 44 constitucional establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)” y prevé la prevalencia de estos frente a los derechos de los demás.
2. Esta disposición constitucional es concordante con lo establecido en tratados internacionales suscritos por Colombia, como es el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁶. Este instrumento obliga al Estado a asegurar la atención en salud a los menores de edad con estándares de calidad, al hacer referencia al más alto nivel posible y de accesibilidad, indicando que deben adelantarse esfuerzos para asegurar que no se prive el goce de estos servicios a los menores⁷.

A nivel legal, el artículo 27 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “*todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud*”. Igualmente, este código contiene un mandato específico sobre la atención en salud para los menores en situación de discapacidad, previendo su artículo 36 que “*los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo: (...) A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria*”.

En el mismo sentido la Ley 1751 de 2015⁸ reitera la prevalencia del derecho fundamental a la salud de los menores de edad y se dispone su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo con los diferentes ciclos vitales⁹. Además, por medio de esta ley también se determinó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.

3. - La Corte Constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y las niñas. En este sentido sostuvo la Corte en sentencia SU-225 de 1998 que “[d]el artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales”. Según la Corte “[p]or esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares”. Advirtió además que “[s]e trata entonces de derechos que

⁶ Adoptado en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

⁷ Artículo 24.1: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. En el caso de los niños y niñas, la importancia de esta disposición internacional tiene aplicación directa en los procesos judiciales o administrativos que involucran menores, pues la Ley 1008 de 2006 otorgó competencias a diferentes actores institucionales para conocer y tramitar asuntos que “sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias”. Adicionalmente, el artículo 6° del Código de Infancia y Adolescencia establece que la Convención hace parte integral de su normativa

⁸ Ley Estatutaria de Salud.

⁹ Ley 1751 de 2015. Artículo 6°. “f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años”

tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela”.

4. El derecho a la salud de los niños y niñas adquiere una protección adicional en la Ley Estatutaria de Salud. La Corte sostuvo en sentencia C-313 de 2014 que *“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad. Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos (...)”.*

5. En este sentido, cualquier consideración en lo referente a la atención en salud de los niños y niñas debe verse determinada por la fundamentalidad de su derecho, la prevalencia de este sobre los derechos de los demás y la amplia jurisprudencia de la Corte en la materia encaminada a reconocer la protección reforzada de los menores de edad en lo referente a la satisfacción de sus derechos.

El papel de la familia, la sociedad y el Estado en el acompañamiento a niños y niñas en materia de salud

6. El artículo 44 constitucional establece que *“[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.* Esta es una cláusula que impone obligaciones directas a diferentes destinatarios para asegurar la satisfacción de los derechos de los niños y las niñas.

7-. La figura de la corresponsabilidad ha sido también precisada en la ley. El artículo 10 del Código de Infancia y Adolescencia dispone:

“Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

El mismo Código incluye diferentes disposiciones que fijan el ámbito de esta corresponsabilidad. Así, regula asuntos como la exigibilidad de los derechos del niño¹⁰, la responsabilidad parental¹¹, la educación en el ejercicio de los derechos y responsabilidades¹² y el deber de vigilancia del Estado¹³. Adicionalmente,

¹⁰ Ley 1098 de 2006. Artículo 11. *“Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.*

El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 79/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas”.

¹¹ Ley 1098 de 2006. Artículo 14. *“La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.*

¹² Ley 1098 de 2006. Artículo 15. *“Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos. Las autoridades contribuirán con este propósito a través de decisiones oportunas y eficaces y con claro sentido pedagógico. El niño, la niña o el adolescente tendrán o deberán cumplir las obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo. En las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sobre el ejercicio de los derechos o la infracción de los deberes se tomarán en cuenta los dictámenes de especialistas”.*

¹³ Ley 1098 de 2006. Artículo 16. *“Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado. De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de Bienestar Familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción”.*

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

contiene un catálogo de derechos de los niños, niñas y adolescentes¹⁴ y de deberes y obligaciones para los encargados a su garantía¹⁵.

Como puede verse, el Legislador ha realizado amplios esfuerzos por establecer un régimen de protección al menor de edad. Esta regulación, fundada en la corresponsabilidad, implica que no es posible relegar la atención en salud de los niños y las niñas en solo una institución, y que toda la comunidad política debe participar en la satisfacción de sus derechos.

El papel concurrente de la familia, la sociedad y el Estado ha sido también estudiado por esta Corporación. En la sentencia T-301 de 2014¹⁶ se indicó que “la corresponsabilidad hace referencia a la concurrencia de actores y de acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos. Asimismo, ha resaltado el papel de la familia, de los particulares y del Estado en el cuidado de los enfermos bajo el manto del principio de solidaridad en el marco de sus posibilidades y siendo el Estado el principal garante de su bienestar”.

Sin embargo, a pesar de la existencia de la corresponsabilidad y de un ámbito definido de competencias o atribuciones para los diferentes actores, la intervención de la sociedad y el Estado es subsidiaria y “solo con el fin de apoyar a la familia cuando ésta no tiene la capacidad de asistir y proteger a los niños a cargo”¹⁷. Es por esto que el Estado debe diseñar una serie de instrumentos y políticas públicas que permitan asumir la carga de las familias cuando sea necesario para garantizar los derechos de los menores. De acuerdo con la sentencia T-301 de 2014, debe decirse que: “Cuando la familia no se encuentra en condiciones de asumir su compromiso constitucional, le corresponde al Estado adoptar políticas especiales para el cuidado de los niños que incluye la procura en la rehabilitación e integración social. Lo anterior da cuenta de que el Estado protege a la familia y a su intimidad, y solo, en lo que respecta a la protección de los niños, interviene en ella, ante la evidente situación de vulnerabilidad en que éstos se encuentren, no para suplir, en principio, el papel del grupo esencial, sino para proveerlo, por medio de sus entidades y programas, de herramientas para que esta misma unidad cese esa situación en el marco de su intimidad”¹⁸.

En conclusión, la familia es la primera obligada a cumplir su papel en la atención y cuidado a los menores. Sin embargo, la sociedad y el Estado tienen un deber inexcusable de acompañamiento y vigilancia a fin de otorgarle a la primera las herramientas para satisfacer los derechos de los menores y, cuando sea necesario, suplirlos directamente para asegurar la prevalencia de su interés superior.¹⁹

También se ha puesto por la demandante como argumento de la vulneración de los derechos fundamentales de su hijo, el hecho de que no se le permite su afiliación al régimen subsidiado y desafiliación del contributivo, respecto de lo cual se ha ocupado de estudiar la Corte Constitucional así:

“11. Ahora bien, además de que esta Corporación ha dejado claro que la seguridad social tiene la connotación de derecho fundamental autónomo e independiente y por lo tanto puede ser protegido mediante la acción de tutela, también ha insistido en que su goce está íntimamente relacionado con la afiliación al Sistema General de Seguridad Social²⁰.

Concretamente, en materia de salud, el **derecho a la afiliación al SGSSS**, si bien tiene fundamento directo en el artículo 49²¹ de la Carta Política, ha tenido un amplio e importante desarrollo por parte del Legislador.

La **Ley 100 de 1993**, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, estipuló que el SGSSS cubre a todos los residentes en el país y, por lo tanto, todas las personas tienen la posibilidad de participar en él²²; unos en su condición de (i) afiliados al régimen contributivo, otros como (ii) afiliados al régimen subsidiado. Los primeros son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con

¹⁴ Ley 1098 de 2006. Artículos 17 a 37.

¹⁵ Ley 1098 de 2006. Artículos 38 a 41.

¹⁶ Reiterado en las sentencias T-287 y T-468 de 2018.

¹⁷ Sentencia T-287 de 2018.

¹⁸ Retoma lo expuesto en la sentencia T-1034 de 2001. Reiterado en las sentencias T-287 y T-468 de 2018.

¹⁹ Sentencia T- 513-2020, M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas

²⁰ Sentencia T-327 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

²¹ Artículo 49 de la Constitución Política. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (...)

²² Artículo 156 de la Ley 100 de 1993

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

capacidad de pago. Los segundos son las personas sin capacidad de pago para cotizar al sistema; se trata de la población más pobre y vulnerable del país a la que se le subsidia su participación en el SGSSS²³.

Además de estos dos tipos de participantes del SGSSS, el Legislador también ha regulado la atención en salud de un tercer grupo: la población pobre no asegurada que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud²⁴, quienes mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado²⁵.

Y en esta misma providencia la Corte realizó un estudio sobre el derecho a la afiliación al régimen subsidiado

“La afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable que reside en el territorio nacional

12. Para efectos de contar con los elementos de juicio necesarios para resolver el presente caso, en esta ocasión se hará énfasis en el alcance y contenido del derecho a la afiliación al régimen subsidiado de la población más pobre y vulnerable del país a la cual se le subsidia su participación en el SGSSS.

De conformidad con el artículo 211 de la **Ley 100 de 1993**, el régimen subsidiado de salud “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad (...)”. El objetivo de este régimen es el de “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”.

Pues bien, es preciso reiterar que con posterioridad a la Ley 100, con el fin de ampliar la cobertura a los ciudadanos más pobres, el Legislador expidió la **Ley 715 de 2001**, mediante la cual decidió aumentar los subsidios con cargo a las entidades territoriales y asignarles el deber de financiar los aludidos subsidios a partir de sus ingresos corrientes de libre destinación; destinación específica para salud, y los recursos de capital, a efectos de garantizar la continuidad y cubrimiento por 5 años más.

13. La **Ley 715 de 2001** reguló también las **competencias de los municipios en materia de la prestación del servicio de salud**, y señaló que, sin perjuicio de las establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los municipios, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrán la función de:

“(...) 44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia (...)”²⁶.

Posteriormente, se expidió también la **Ley 1122 de 2007** que amplió aún más el plazo para la cobertura universal en salud en los niveles I, II y III del Sisbén dando al gobierno otros 3 años.

14. No obstante, un grupo significativo de acciones de tutela advirtió las fallas que presentaba el sistema de salud para esta población. De este modo, ante la identificación de los defectos estructurales en el sistema de salud, esta Corporación profirió la **Sentencia T-760 de 2008** en la que, entre otros asuntos, evidenció el incumplimiento del principio de universalidad en las regulaciones sobre la materia, razón por la cual ordenó al Ministerio de la Protección Social – hoy Ministerio de Salud y Protección Social – la adopción de algunas medidas encaminadas a asegurar la cobertura universal del sistema en el plazo fijado por la Ley 1122 de 2007.

Más tarde fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud el **Acuerdo 415 de 2009** que modificó la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del SGSSS, y consagró en sus artículos 2 y 3 que la población beneficiaria del régimen subsidiado es “*toda la población pobre y vulnerable, clasificada en los niveles I y II del SISBÉN o del instrumento que lo sustituya, siempre y cuando no estén afiliados en el Régimen Contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción. También lo son la población clasificada en el nivel III del SISBÉN en los términos de la ley (...)*”.

²³ Artículo 157 de la Ley 100 de 1993

²⁴ Sobre este tercer grupo, la Corte Constitucional se pronunció en **Sentencia T-210 de 2018** y recordó que la **Sentencia T-611 de 2014** estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, “generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud”. En otras palabras, después de esta norma, **los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que reside en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada**. La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la **Sentencia T-614 de 2014** al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el Sisbén. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los “participantes vinculados” y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

²⁵ Artículo 157 literal B de la Ley 100 de 1993

²⁶ Ley 715 de 2001.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

15. En desarrollo de lo anterior, mediante la **Sentencia T-880 de 2009**²⁷, esta Corte aclaró el funcionamiento de este régimen en detalle y señaló:

*“(…) El Régimen Subsidiado es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos de administración del subsidio con las **Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, cuya función es afiliar y garantizar la prestación del servicio a sus beneficiarios.** Estos contratos se financian con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga– y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.*

A su vez, la afiliación a dicho régimen se efectúa, previa identificación de los potenciales beneficiarios a través de la encuesta Sisbén –Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales– o por el listado censal que realizan los municipios a petición de los ciudadanos, de la cual se obtiene un puntaje y un nivel que les prioriza para la asignación de subsidios.

Así, las personas que se encuentran clasificadas en los niveles 1 ó 2 del Sisbén, tienen derecho a afiliarse, junto con su núcleo familiar, al Régimen Subsidiado mediante subsidio total o pleno. Para tal efecto, deben elegir una Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S) de las que se encuentran inscritas y autorizadas para operar en su municipio, entidad que en adelante administrará y prestará los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud de respectivo Régimen a sus afiliados. También lo harán, mediante subsidio parcial, aquellas personas que se encuentran registradas en el nivel 3 del Sisbén, toda vez que se encuentran en un período transitorio con miras a ingresar al Régimen Contributivo” (Negrita fuera de original).

En respuesta a los pronunciamientos de la Corte sobre la necesidad de garantizar la cobertura universal del sistema, la **Ley 1438 de 2011**²⁸ dispuso que **“todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”**²⁹ (Negrita fuera del original), para lo cual el Gobierno Nacional deberá desarrollar mecanismos que garanticen dicha afiliación. Por esto, el artículo 32 de dicha ley reguló el **trámite de afiliación al régimen subsidiado**, es decir, el procedimiento que se debe seguir en los casos en que una persona no asegurada y sin capacidad de pago requiera atención en salud:

“32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación” (Negrita fuera del original).

Según esta norma, la persona deberá ser atendida obligatoriamente, y será afiliada por la EPS de forma preventiva al Régimen Subsidiado mediante un mecanismo simplificado³⁰. Posteriormente, se verificará si la persona es elegible para el subsidio en salud, es decir, si cumple los requisitos de afiliación al SGSSS, y si no lo es, se procederá a cobrarle los servicios prestados.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en sede de control concreto sobre el incumplimiento de la obligación de las EPS-S de realizar la afiliación en los casos en que se cumplen los requisitos para la afiliación.

Por ejemplo, en la **Sentencia T-611 de 2014**³¹ la Corte analizó el caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento. En esta ocasión, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior, debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, pese a que ya había sido calificada por el Sisbén y cumplía los requisitos.

16. Otra normativa más reciente reiteró que la pertenencia al régimen subsidiado puede darse solamente cuando se cumplan las condiciones establecidas en la ley (artículo 2.1.3.1 del Decreto 780 de 2016), como el ser identificado en los niveles I y II del Sisbén (artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017).

²⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁸ Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-791 de 2011.

²⁹ Artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

³⁰ Con fundamento en esta ley, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el **Decreto 2353 de 2015** mediante el cual se crea el *Sistema de Afiliación Transaccional* con el fin de optimizar, simplificar, facilitar y centralizar completamente todos los trámites de afiliación al SGSSS y la información general de los afiliados.

³¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

De esta forma, como quedó establecido con anterioridad, la afiliación al régimen subsidiado podrá realizarse por **las personas clasificadas en los niveles 1 o 2 del Sisbén**, las cuales **deberán escoger libremente la EPS del Régimen Subsidiado que esté autorizada para operar en el municipio³², e inscribirse a la misma** al diligenciar en físico el Formulario Único de Afiliación y Registro de Novedades (FUAN), hasta tanto haya entrado en operación el Sistema de Afiliación Transaccional y el formulario electrónico. Lo anterior se estableció de esta manera debido a que, si bien este nuevo sistema empezó su implementación a partir de la promulgación del Decreto 2353 del 2015³³, el mismo ha entrado en operación de forma gradual³⁴. Por esta razón, el parágrafo del artículo 19 de este decreto aclaró expresamente que *“hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, los afiliados accederán a los servicios del plan de beneficios desde la fecha de radicación del formulario de afiliación y novedades en la EPS”*.

Del mismo modo, tal y como lo dispuso el CONPES 3877 de 2016, si bien no existen incentivos para que las personas actualicen la información que de ellas reposa en el Sisbén, estas sí tienen el **deber de actualizar la información** que de ellos reposa en esta base de datos una vez identifiquen que sus condiciones socioeconómicas han variado o que decidan modificar su domicilio, estableciéndose en otro municipio o fuera del país. Lo anterior, con el fin de determinar si efectivamente continúan siendo merecedoras del subsidio en salud que brinda el Estado, y de que se puedan focalizar los recursos hacia la población más pobre y vulnerable del país.

De igual forma, una vez afiliados, los usuarios del régimen subsidiado tienen el deber de informar a la EPS-S donde estén afiliados, tan pronto como se presenten acontecimientos o novedades como la actualización del documento; cambios de nombres y apellidos; de dirección de residencia y teléfono; fallecimiento de miembros del grupo familiar o retiro del régimen subsidiado, entre otros.

17. De otra parte, en los casos en que la persona que cumple requisitos para afiliarse al régimen subsidiado se rehúsa a hacerlo, el Ministerio de Protección Social ha regulado el **deber de los entes territoriales de realizar la afiliación oficiosa** de esta población, la cual opera incluso en contra de la voluntad de la persona.

De este modo, ha regulado el procedimiento de afiliación oficiosa a cargo de la entidad territorial (Resolución 1268 del 25 de abril de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social) conforme al cual la entidad territorial *“procederá a inscribirla de oficio en una EPS de las que operan en el municipio dentro de los cinco (5) primeros días del mes y le comunicará dicha inscripción”* (Parágrafo 3 del artículo 2.1.5.1 del Decreto 2228 de 2017). Lo anterior, siempre que la persona, a pesar de tener el deber de solicitar su afiliación a la EPS y de inscribirse a la misma mediante el diligenciamiento del Formulario Único de Afiliación, se haya rehusado a hacerlo.

18. Por último, la misma **Ley 1751 de 2015** mediante la cual se estableció la salud como un derecho fundamental, también insistió en la necesidad de mantener la universalidad como principio dentro del sistema, y concretamente señaló que *“los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida”* (Negrita fuera del texto original).³⁵

³² Sobre el particular es preciso establecer que pese a que algunas EPS-S están autorizadas a operar en determinados municipios, las mismas pueden presentar limitaciones para realizar afiliaciones y traslados por razón de medidas de vigilancia administrativa que les han sido impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, como ocurre en el presente caso.

³³ **Artículo 11. Creación del Sistema de Afiliación Transaccional.** Créase el Sistema de Afiliación Transaccional como un conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos de orden técnico y administrativo, que dispondrá el Ministerio de Salud y Protección Social para registrar y consultar, en tiempo real, los datos de la información básica y complementaria de los afiliados, la afiliación y sus novedades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las transacciones que pueden realizar los diferentes usuarios, de acuerdo con las competencias de éstos y los niveles de acceso que se definan. Una vez el Sistema de Afiliación Transaccional inicie su operación, éste será el medio para el registro de la afiliación y el reporte de novedades.

El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá la administración del Sistema de Afiliación Transaccional y definirá la responsabilidad de cada uno de los actores en el registro y reporte de la información en el Sistema, la estructura de datos y los medios magnéticos o electrónicos que se requieran para procesar la información del mismo.

El Sistema de Afiliación Transaccional permitirá a los prestadores consultar la información de los afiliados. Este Sistema podrá interoperar con los sistemas de información y procesos definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y con otros relacionados con la protección social.

La información contenida en el Sistema de Afiliación Transaccional y su manejo, cuando corresponda, estarán sujetos a las disposiciones sobre protección de datos regulados por la Ley 1581 de 2012 y las normas que la reglamenten, adicione o sustituyan.

El Sistema de Afiliación Transaccional permitirá la consulta de la información referente al estado de pagos de las cotizaciones, en especial, la de los empleadores respecto de sus trabajadores como cotizantes dependientes. Este Sistema podrá interoperar con la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA y para su consulta también podrán acceder las entidades públicas y privadas responsables del recaudo y de la vigilancia y control del pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, esta información sobre las personas que se encuentran en mora deberá estar disponible para efectos del reporte de que trata el artículo 5 de la Ley 828 de 2003, así como, de la verificación de la información en el registro único de proponentes de que trata la mencionada ley.

³⁴ **Artículo 15. Transición al Sistema de Afiliación Transaccional.** *“Las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud que, a la fecha en la que empiece a operar el Sistema de Afiliación Transaccional, se encuentren incluidas en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) se considerarán registradas en dicho Sistema e inscritas en la EPS o EOC en la que venían afiliadas, siempre y cuando sus datos básicos se encuentren correctamente registrados y validados por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

El Sistema de Afiliación Transaccional entrará en operación en forma gradual, en una etapa inicial se realizará la verificación de datos básicos del afiliado. En los casos en que el registro de un afiliado no sea coincidente con la información de referencia, el afiliado deberá actualizar sus datos básicos a través del Sistema de Afiliación Transaccional ó en cumplimiento del artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012, el administrador del Sistema podrá corregirlos con base en la información de referencia”.

³⁵ Sentencia T- 192-2019, M.P., Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Por su parte el Decreto 616 de 2022, por medio del cual el Ministerio de Salud y Protección Social, modifica artículos del Decreto 780 de 2016, en el cual se establece respecto de la afiliación al régimen subsidiado:

“(…)”**TÍTULO 5**

AFILIACIÓN AL RÉGIMEN SUBSIDIADO

Capítulo 1.

Disposiciones generales

Artículo 2.1.5.1.1. **Afiliados al Régimen Subsidiado.** Son afiliados al Régimen Subsidiado las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización al Régimen Contributivo y que no tienen las calidades para estar en el Régimen Especial o de Excepción; así como aquellos que cumplan una o varias de las siguientes condiciones:

1. Personas pobres o vulnerables, así clasificadas según la última metodología disponible del Sisbén, o el que haga sus veces, y conforme a los criterios de focalización que defina el Ministerio de Salud y Protección Social.
2. Personas no pobres o no vulnerables, clasificadas a partir de la última metodología disponible del Sisbén, o el que haga sus veces, que contribuyan solidariamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
3. Personas focalizadas e identificadas a través de listados censales.

PARÁGRAFO 1o. **Las condiciones de pertenencia al Régimen Contributivo o a un Régimen Especial o de Excepción prevalecen sobre las de pertenencia al Régimen Subsidiado, salvo lo dispuesto para la afiliación del recién nacido y las poblaciones especiales de niños, niñas, adolescentes y jóvenes en proceso administrativo para el restablecimiento de sus derechos, adolescentes a cargo del ICBF en el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes (SRPA), menores de edad desvinculados del conflicto armado bajo la protección del ICBF y población infantil vulnerable bajo protección en instituciones diferentes al ICBF.** En consecuencia, cuando una persona reúna simultáneamente las condiciones para pertenecer al Régimen Contributivo, al Régimen Especial o al de Excepción o al Régimen Subsidiado, deberá registrarse e inscribirse a una EPS del Régimen Contributivo o afiliarse al Régimen Especial o de Excepción, según el caso. (Resaltado por el Juzgado)

PARÁGRAFO 2o. Cuando cualquier autoridad nacional o territorial advierta que un afiliado del Régimen Subsidiado cumple con las condiciones para pertenecer al Régimen Contributivo, informará dicha situación al municipio o distrito para que adelante las medidas tendientes a la terminación de la inscripción en la entidad promotora de salud. La omisión de esta obligación por parte de las autoridades territoriales dará lugar a las acciones disciplinarias, administrativas, fiscales y penales a que hubiere lugar...”

De las prueba allegada al trámite constitucional se pudo determinar que no ha existido vulneración al derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida del menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, por parte de la **EPS SURA, EPS FAMISANAR, IPS COLSUBSIDIO y SECRETARÍAS DE SALUD, DESARROLLO SOCIAL y OFICINA SISBEN DE FUNZA- CUNDINAMARCA**, como quiera que estas entidades, han actuado legítimamente conforme a las disposiciones legales, sin que exista prueba alguna que se han sustraído de sus obligaciones contractuales, constitucionales y legales, sino que han actuado conforme a ellas.

Ahora bien, el problema jurídico que debe ocupar la atención de esta Juez de tutela, gira en torno al conflicto que se presenta entre los progenitores del menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, que han derivado en que este infante no haya continuado su tratamiento médico para las patologías que lo aquejan (hepatomegalia, alergias, linfadenopatía, entre otras), porque fue trasladado de la EPS FAMISANAR en donde le fueron diagnosticadas, debido a que su progenitor **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO** quien lo tiene afiliado como beneficiario, se trasladó a la **EPS SURA**, y desde ese momento asegura la aquí accionante, su hijo no ha contado con servicio de salud, porque el padre del

menor se niega a suministrarle usuario y contraseña de la plataforma de la EPS SURA y cancela las citas médicas que se le han agendado al niño.

Sea lo primero señalar, que como lo ha decantado la Corte Constitucional es la familia quien en primer lugar debe asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos entre ellos el de la salud y la intervención de la sociedad y el Estado es subsidiaria y “solo con el fin de apoyar a la familia cuando ésta no tiene la capacidad de asistir y proteger a los niños”, en el presente caso se encuentra demostrado que el progenitor de **ELLIAN** lo tiene afiliado al régimen contributivo en calidad de beneficiario, pero pese a ello, asegura la madre del menor lleva más de un año sin servicio de salud, porque no se le permite su desafiliación del régimen contributivo como tampoco su afiliación al subsidiado.

Se evidencia que, si bien la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial pues la Superintendencia de Salud (SNS) tiene competencia para resolver conflictos relacionados con el traslado de IPS, la Corte ha establecido que este mecanismo presenta falencias graves que afectan su idoneidad y eficacia, como son:“(i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos” .

Pese a que en algunos pronunciamientos la Corte ha considerado eficaz e idóneo este mecanismo, también ha advertido la existencia de razones de orden empírico que han reducido su aptitud para la protección de los derechos fundamentales. Esto fue sostenido incluso por el Superintendente de Salud en audiencia pública celebrada el 6 de diciembre de 2018, en la que sostuvo que “...hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos en el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años”.³⁶

Aunado a la que Superintendencia Nacional de Salud, al descorrer el traslado del escrito tutelar señaló: “Finalmente, respecto a la queja que manifiesta el accionante, interpuesta ante esta Superintendencia, es importante advertir que se dio traslado a la delegada de Protección al Usuario de esta Superintendencia, con el fin de que se realizara el seguimiento al caso con fundamento en las funciones asignadas por los artículos 19 y 20 del Decreto 1080 de 2021”.

Adentrándonos al caso concreto, conforme a las pruebas arrimadas al trámite constitucional se pudo evidenciar que el señor **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO**, padre del menor **ELLIAN ISAACK**, gestionó el traslado de lugar de atención de su hijo a la IPS Centro Médico Colsubsidio de Municipio

³⁶ sentencia T-253 de 2018

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

de Funza- Cundinamarca, además que al menor se le agendó cita para el 8 de noviembre de 2023, esto es que para este momento, los inconvenientes que señaló la tutelante han sido superados, pues ya no tiene la necesidad de trasladarse a Bogotá para la atención en salud de su hijo.

En cuanto a la pretensión que reclama la demandante, para que el Juez Constitucional ordene el traslado del niño al régimen subsidiado, en primer lugar debe señalarse que esta solicitud no es procedente, porque esta funcionaria debe velar por el mejor interés del menor y no el de sus padres, por ello, si este está afiliado al régimen contributivo por su progenitor, le fue asignada una IPS en el municipio de su residencia, no tiene porque ser afiliado a un régimen subsidiado dispuesto para las personas de menos recursos, aunado a que los funcionarios de la municipio de Funza comunicaron en su contestación que la señora **LAYNE PAOLA CUAN**, no ha actualizado su información, no está registrada en la nueva metodología SISBEN IV, lo cual puede acarrear la cancelación de la EPS, conforme lo dispone el numeral 2° del artículo 6 del Decreto 616 de 2022, esto es, que la afiliación de la progenitora de **ELLIAN** a la **EPS** subsidiada puede ser suspendida, lo que generaría que el niño quedara sin servicio de salud, a pesar de que su padre lo tiene afiliado como beneficiario a su EPS.

Por lo anterior, considera esta Juez de Tutela, necesario emitir unas ordenes, no porque la EPS SURA, haya vulnerado los derechos del infante agenciado, sino porque dadas las contingencias que ha puesto de presente su progenitora, se debe adoptar medidas que garanticen los derechos del menor, es por ello, que se ordena al **REPRESENTANTE LEGAL DE LA EPS SURA**, que dentro de un término que no podrá exceder de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta fallo, deberá asignar un usuario al menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, para que su progenitora **PAOLA CUAN**, quien tiene su custodia y ciudadano personal, pueda generar una clave para ingresar al aplicativo de esa **EPS** a solicitar las citas y servicios médicos que requiera el infante, pues este tiene la calidad de beneficiario de **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA C.C. 1.023.006.211 en esa EPS**, debiendo remitiendo copia a este despacho judicial de las actuaciones que realice en cumplimiento a esta decisión, mismas que deberán estar debidamente notificadas a la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, so pena de hacerse acreedor a las sanciones establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

En cuanto al pago de la cuota moderadora en la **EPS SURA**, la misma haciende a la suma de \$4.100 pesos, como quiera que el progenitor de **ELLIAN** devenga un salario mínimo, suma que no se considera excesiva e impagable, atendiendo además que conforme se estableció en el acta de conciliación ante el Juzgado Segundo de Familia de Funza, los gastos que no asuma la EPS a que está afiliado el menor deberán ser asumidos en partes iguales por los progenitores, como quiera que los gastos de manutención del menor son compartidos y no solo a cargo de uno de los padres.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Sin pasar por alto que la aquí accionante ya inició el proceso ejecutivo de alimentos en contra del padre de **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, ante el Juzgado de Familia de Funza, para garantizar el cobro de las cuotas alimentarias que afirma le adeuda el señor **PERDOMO PINEDA**, esto es, que ya esta en conocimiento de la jurisdicción de familia desde el año 2021, la pretensión de la demandante en este aspecto, por ello, no puede entrar esta Juez de tutela a invadir el ámbito de competencia del Juez ordinario para pronunciarse sobre el pago de las cuotas alimentarias, máxime que dentro del proceso ejecutivo puede solicitarse medidas cautelares.

En cuanto a la petición que indica la señora **LAYNE PAOLA CUAN**, elevó ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, para que se realizara una vigilancia a la **EPS SURA**, no indica en que fecha lo hizo, no aporta documento alguno que permita a esta funcionaria determinar el término que ha transcurrido y si se han excedido los tiempos establecidos para atender este tipo de solicitudes en el organismo de vigilancia, aunado a que esa entidad, indicó que corrió traslado de la acción constitucional a la delegada de protección al usuario para que se realizara el seguimiento del caso, es por ello, que no se amparara el derecho fundamental de petición, respecto a esta solicitud, atendiendo que se desconoce la fecha de radicación de la queja, lo que no permite determinar si la superintendencia se encuentra aun en término o no para emitir contestación de trámite o de fondo.

Se desvincula de esta acción constitucional a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a la **COMISARIA SEGUNDA DE FAMILIA DE FUNZA**, **EPS FAMISANAR**, **IPS COLSUBSIDIO** y **SECRETARÍAS DE SALUD, DESARROLLO SOCIAL y OFICINA SISBEN DE FUNZA- CUNDINAMARCA**, por no haber vulnerado por acción u omisión los derechos fundamentales de la tutelante y el menor agenciado.

Como quiera que la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, ha manifestado en esta acción constitucional, que esta siendo víctima de violencia de genero por parte del padre de su hijo, señor Daniel Perdomo Pineda C.C. 1.023.006.211, correo electrónico ap1142236@gmail.com, número celular 3025125193, se dispone remitir copia de este fallo de tutela al **COMITÉ INTERSECTORIAL MUNICIPAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA POR RAZONES DE SEXO Y GÉNERO Y LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DEL MUNICIPIO DE FUNZA- CUNDINAMARCA**, para los fines propios de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida a favor del menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN** identificado con el registro civil de nacimiento NUIP 1.220.223.731, que en su favor elevara su progenitora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, identificada con la C.C. 1.073.527.840, con fundamento en las consideraciones plasmadas en este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia se ordena al **REPRESENTANTE LEGAL DE LA EPS SURA**, que dentro de un término que no podrá exceder de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta fallo, deberá asignar un usuario al menor **ELLIAN ISAACK PERDOMO CUAN**, para que su progenitora **PAOLA CUAN CASALLAS**, quien tiene su custodia y ciudadano personal, pueda generar una clave para ingresar al aplicativo de esa EPS a solicitar las citas y servicios médicos que requiera el infante, pues este tiene la calidad de beneficiario de **DANIEL ALEJANDRO PERDOMO PINEDA** C.C. 1.023.006.211 en esa EPS, debiendo remitir copia a este despacho judicial de las actuaciones que realice en cumplimiento a esta decisión, mismas que deberán estar debidamente notificadas a la señora **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, so pena de hacerse acreedor a las sanciones establecidas en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: No tutelar el derecho fundamental de petición reclamado por **LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS**, identificada con la C.C. 1.073.527.840, en contra de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: Desvincular de esta acción constitucional a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a la **COMISARIA SEGUNDA DE FAMILIA DE FUNZA**, **EPS FAMISANAR**, **IPS COLSUBSIDIO** y **SECRETARÍAS DE SALUD, DESARROLLO SOCIAL y OFICINA SISBEN DE FUNZA- CUNDINAMARCA**, de conformidad a lo esbozado en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Se Ordena remitir copia de este fallo de tutela al **COMITÉ INTERSECTORIAL MUNICIPAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA POR RAZONES DE SEXO Y GÉNERO Y LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DEL MUNICIPIO DE FUNZA- CUNDINAMARCA**, para los fines propios de su competencia.

SEXTO: Contra esta providencia procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta decisión, envíese a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Radicado n°: TUTELA 2023-00179
Accionante: LAYNE PAOLA CUAN CASALLAS
Accionados: SECRETARÍA DE SALUD DE FUNZA Y OTROS
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

OCTAVO: NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARTHA CECILIA ARTUNDUAGA GUARACA

Juez

Firmado Por:

Martha Cecilia Artunduaga Guaraca

Juez

Juzgado De Circuito

Penal 010 Especializado

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **92de5b40e70b0c6d5d77e20e1bad37db426c9a443cf0019c0be639bbb05f9c3a**

Documento generado en 21/11/2023 04:34:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>